

Este documento está publicado en:

Parejo Alfonso, L. (1978). La garantía de derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (I). *Revista española de derecho administrativo, parte estudios*, 17, pp. 245-272.

Luciano Parejo Alfonso

La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán (I)

I. INTRODUCCION

La estructura, función y contenido de la garantía constitucional del derecho de propiedad proclamada en el artículo 14 de la «Grundgesetz» de Bonn (en adelante GG) son cuestiones aún polémicas y, por lo tanto, de actualidad en el Derecho alemán. Ni la jurisprudencia ni la doctrina han logrado hallar a las mismas por ahora soluciones merecedoras de general aceptación. La prueba de ello reside tanto en la frecuencia con que estas cuestiones se han planteado y continúan planteándose no sólo ante los Tribunales ordinarios, sino, específicamente, ante el Tribunal Federal Constitucional, como en los numerosos trabajos y monografías dedicados a ellas.

Recientemente, sin embargo, se ha abordado esta temática desde una perspectiva que le presta, si cabe, un mayor interés y una renovada actualidad. Rüdiger BREUER, en su trabajo de habilitación publicado en 1976 bajo el título *Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie* (Editorial C.H. Beck, München), ha hecho del replanteamiento de la misma la base metodológicamente necesaria para cualquier reforma seria del ordenamiento urbanístico, en situación actual de crisis.

El hecho mismo de que el Derecho urbanístico esté en crisis no es algo insólito, pues el problema básico de la ordenación urbanística se plantea en Alemania en términos sustancialmente idénticos a cualquier otro país en que esté reconocido el derecho de propiedad privada: la contradicción y el conflicto permanentes entre los intereses privados (que giran en torno al máximo de libertad de aprovechamiento y disposición) y los públicos (que radican en la sujeción del ejercicio de aquellas facultades a una racionalidad global y coherente establecida según fines y objetivos comunitarios o colectivos). El Derecho urbanístico es, así, en acertada formulación de BREUER, el resultado de un compromiso a esta tensión de intereses contrapuestos; compromiso que, por la propia dinámica social del fenómeno de urbanización, es siempre temporal y avocado al ajuste y a la revisión.

La alternativa más radical a la problemática urbanística consiste sin duda en la supresión o, al menos, debilitamiento de uno de los polos de la aludida tensión: la propiedad privada, por la vía de la socialización total o parcial del suelo. Este es precisamente el camino que se ha emprendido en Inglaterra a partir de la «Community Land Act» de 1975 (v. L. ORTEGA *La nacio-*

nalización del suelo en Gran Bretaña [*The Community Land Act, 1975*], «REDA», núm. 14). En la República Federal Alemana, aun cuando ésta es una posibilidad teóricamente factible —el artículo 15 de la GG otorga al legislador la facultad de socializar el suelo («Grund und Boden»), los recursos naturales («Naturschätze») y los medios de producción («Produktionsmittel») mediante su conversión en propiedad pública («Gemeineigentum») o en cualesquiera otras formas de economía colectiva («Gemeinwirtschaft») —, hasta ahora se ha rechazado tal alternativa en razón básicamente, al margen de cualquier planteamiento ideológico, a las dificultades de orden práctico que conllevaría tanto por sus consecuencias indemnizatorias (el art. 15 de la GG sujeta la socialización al deber de indemnización), como por las que acarrearía en el conjunto de una economía de mercado como la alemana.

La exclusión de la alternativa socializadora sitúa el problema en el marco de las técnicas urbanísticas tradicionales; marco en el que dos son los sectores claves: el mercado y el aprovechamiento del suelo. Sin perjuicio de la importancia de las medidas dirigidas a la potenciación del control del mercado del suelo —aspecto éste al que también en Francia se le ha prestado últimamente una preferente atención (v. Franck MODERNE, *Nuevas orientaciones del Derecho urbanístico en Francia: Los intentos de control del mercado de suelo*, «RAP», núm. 84)—, BREUER destaca el carácter decisivo del aprovechamiento del suelo, pues su regulación es el fin mismo de la ordenación urbanística e incide directamente sobre el mercado de suelo (este último tiene un valor determinado precisamente en función del aprovechamiento urbano de que sea susceptible).

Cualesquiera que sean las alternativas posibles a la situación de crisis del ordenamiento urbanístico, la tesis de BREUER consiste en que todo planteamiento reformador, para lograr un avance real y sustantivo, precisa volver sobre una cuestión básica normalmente olvidada o soslayada a pesar de no estar en absoluto resuelta: la determinación de cual sea el contenido del derecho de propiedad cubierto por la garantía constitucional de éste. Esta propuesta metodológica descansa en la afirmación de que sólo aquella determinación ofrece base suficiente para:

1. Distinguir entre limitaciones indemnizables y no indemnizables.
2. Responder adecuadamente al problema del montante de la indemnización, tanto en supuestos de expropiación típica como en los de ataque a la propiedad de contenido expropiatorio.
3. Clarificar el tema de la justicia tributaria («Abschöpfbarkeit») * en la imposición sobre el derecho de propiedad, al proporcionar criterios para trazar la frontera del terreno confiscatorio (la imposición recae no sobre utilidades sobrevenidas y externas al derecho de propiedad, sino sobre el núcleo garantizado de este mismo).

El planteamiento es, como se ve, realmente atractivo y, además, inmediatamente útil para el Derecho español, puesto que la garantía del derecho de propiedad que parece perfilarse en el actual proceso constituyente está for-

* Se traduce muy libremente «Abschöpfbarkeit» por «justicia tributaria». El término alemán hace referencias a la capacidad material de un bien para ser objeto de imposición tributaria.

mulada en términos sustancialmente idénticos al artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn. La estructura y el contenido de este último y del artículo 31 del Anteproyecto de Constitución, ya dictaminado por la correspondiente Comisión del Congreso de los Diputados, son, en efecto, muy semejantes. Ambos se articulan en tres apartados, con el siguientes respectivo contenido:

1. Garantía o reconocimiento de los derechos de propiedad y herencia («Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia», en el caso español; «Se garantizan la propiedad y el derecho a la herencia. Las leyes determinan su contenido y límites», en el caso alemán).
2. Proclamación de la función social de la propiedad («La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes», en el caso español; «La propiedad obliga. Su utilización debe servir simultáneamente al bien de la comunidad», en el alemán).
3. Prohibición de la confiscación de bienes («Ningún español podrá ser privado de sus bienes sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes», en el caso español; «Sólo el bien de la comunidad legitima una expropiación. Esta sólo puede tener lugar por ley o con base en una ley que regule el tipo y la amplitud de la indemnización. La indemnización ha de determinarse con arreglo a una equitativa ponderación de los intereses de la comunidad y de los afectados. En caso de discrepancia sobre el montante de la indemnización está abierto el acceso a los Tribunales ordinarios», en el caso alemán).

De otro lado, la institucionalización en el Anteproyecto de Constitución española del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y normas con fuerza de ley, cuyo conocimiento se atribuye al Tribunal Constitucional que se crea (arts. 153 y 155 de dicho Anteproyecto), otorga a la experiencia alemana en el ámbito urbanístico un interés específico, toda vez que nuestra legislación urbanística —como es sabido— consagra (ya desde 1956) la solución de la delimitación positiva por ley ordinaria (con remisión de ésta, incluso, a los planes administrativos por ella previstos) del contenido del derecho de propiedad, cuya delimitación —definitoria de límites y deberes— no confiere derecho a indemnización ni aun en los supuestos de su revisión o modificación, con las solas excepciones de la anticipación de estas últimas a los plazos previstos para las mismas y de imposición de vinculaciones o limitaciones singulares no susceptibles de equitativa distribución (arts. 76 y 87 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril).

Como se ve, la legislación urbanística vigente sanciona una amplia y progresiva interpretación de la potestad del legislador ordinario en la regulación estatal, sin deber de indemnización, de la propiedad privada, la cuestión de cuya conformidad al artículo 31.2 de la nueva Constitución, una vez aprobada ésta, puede quedar formal e inmediatamente planteada, toda vez que en el anterior sistema político la inexistencia de un verdadero control de constitucionalidad impidió todo juicio jurisdiccional al respecto.

Por las razones apuntadas, pues, no parece en modo alguno fuera de lugar el conocimiento del estado de la cuestión en el Derecho alemán, no para la importación indiscriminada de técnicas y soluciones, sino como contribución

a la clarificación del análisis y solución de la misma en nuestro Derecho. A este respecto se piensa proceder en tres etapas: la primera, que ahora se ofrece, y abarca el problema de la garantía constitucional propiamente dicha y del ámbito de la potestad legislativa ordinaria en la determinación de la vinculación o función social de la propiedad («Sozialbindung»); la segunda, que abordará el tema de la expropiación, como institución que delimita negativamente el ámbito de dicha vinculación social, para acabar con la exposición de las consecuencias que para la ordenación urbanística se derivan de todo lo anterior.

II. LA COMPLEJA FUNCIONALIDAD DE LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Es opinión pacífica hoy, tanto en la doctrina¹ como en la jurisprudencia alemanas², que el artículo 14 de la GG actúa una doble garantía del derecho de propiedad: como institución jurídica («Institutsgarantie») y como derecho subjetivo («Grundrechtsgarantie»).

La garantía, en el primer sentido, hace referencia a una toma de postura constitucional en favor de la institución jurídica de la propiedad y, más precisamente aún, de la propiedad privada, en cuanto específica forma de poder sobre bienes. Ciertamente que no parece posible extender el alcance de la garantía así entendida a la proclamación de un concreto sistema socio-económico (la GG en su conjunto no expresa un modelo social único), pero sí significa —en opinión de MAUNZ-DÜRIG-HERZOG³— el rechazo de todo sistema económico contrario o negador de aquella institución; razón por la que RITTSTIEG^{3 bis} afirma que la doctrina de la garantía institucional propugna básicamente la insustituibilidad del orden burgués de la propiedad, incluso en el ámbito económico. Este autor, partiendo de la significación personal de los derechos constitucionalmente garantizados que —según él— ha sido señalada por el Tribunal Federal Constitucional y de la doctrina de éste en el sentido de que la garantía institucional prohíbe, desde luego, la privación de aquellos ámbitos materiales del orden de derechos privados que pertenecen al contenido elemental de la actividad protegida constitucionalmente en el marco patrimonial, afirma que el objeto de aquella garantía institucional consiste en la posibilidad misma de la atribución individual de derechos que aseguran el acceso a las bases materiales de la vida y del desarrollo personal. Comprende, por lo tanto, no sólo la protección estatal de los referidos derechos en interés de su titular y para su afirmación en caso de ataques de terceros, sino —en la medida en que los derechos fundamentales y, por lo mismo, también la propiedad deben referirse al desarrollo en la sociedad— la exigencia de la extensión del acceso a las antes aludidas bases de la subsistencia y del desarrollo personal a la masa de la población. Por tal razón, y en tanto

¹ V. MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *Grundgesetz; Kommentar*, Verlag C.H. Beck, 3.^a ed., München, 1970, comentario al artículo 14, pág. 7; R. BREUER, *Die Bodennutzung...*, op. cit., pág. 12, y REINHARDT-SCHÜNER, *Vergassungsschutz des Eigentums*, Ed. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1954, pág. 1.

² En este sentido, por ejemplo, las sentencias o resoluciones del Tribunal Federal Constitucional de 18 de diciembre de 1968 y 19 de junio de 1969.

³ MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *Grundgesetz...*, op. cit., comentario al artículo 14, pág. 7.

^{3 bis} Helmut RITTSTIEG, *Eigentum als Verfassungsproblem*, Ed. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1977, pág. 383.

que el Derecho de cosas del Código Civil se encuentra cada vez más desfasado para con respecto a esta función en la sociedad industrial avanzada, surge la necesidad de encontrar un nuevo concepto del derecho de propiedad.

En el segundo sentido, la garantía opera directamente sobre la propiedad de cada ciudadano, que queda, por tanto, bajo protección constitucional. Ciertamente es la propiedad el objeto de esta protección, pero interesa resaltar que ésta última no es referible sin más a un preciso contenido patrimonial, por cuanto el artículo 14 de la GG remite expresamente la determinación del contenido y los límites del derecho de propiedad a la legislación ordinaria. El alcance material de la garantía es, así, constitucionalmente indeterminado. La protección opera más bien a través de la atribución de un derecho subjetivo, es decir, de un poder de acción para defender la integridad de la posición jurídica dominical (en el ámbito de la misma definido en cada momento como legítimo y, por tanto, efectivamente protegido con arreglo al propio artículo 14 de la GG) contra ataques o vulneraciones injustas a la misma. Esta construcción es, desde un punto de vista técnico-formal, irreprochable y no significa en modo alguno ni una inoperatividad inmediata del derecho subjetivo ni una carencia de contenido propio de este derecho. Como señala AICHER⁴, cuando el ordenamiento califica la vulneración de una posición jurídica individual como ilegítima o injusta, es decir, cuando con motivo de la conducta del perturbador tiene lugar una injusticia cuya reparación depende de la actividad del legitimado para exigirla, puede concluirse la existencia de un interés jurídicamente protegido y para cuya protección dicho ordenamiento otorga un derecho subjetivo; razón por la cual aquel interés jurídicamente protegido no puede identificarse con el derecho subjetivo mismo, sino que es propiamente el objeto de la protección que es actuada a través del reconocimiento de dicho derecho subjetivo.

La garantía en el sentido que se viene comentando, es decir, la «Grundrechts-garantie» es básicamente idéntica a la que la Constitución dispensa a los restantes derechos individuales por ella reconocidos; pero mientras esta última es siempre única —en cuanto la injerencia estatal en dichos derechos sólo puede calificarse, por relación a la garantía o protección constitucional de los mismos, de legítima y eficaz o, por el contrario, de ilegítima e ineficaz—, la del derecho de propiedad opera escalonadamente a un doble nivel. Este escalonamiento de la protección de la propiedad tiene su razón de ser en la mayor intensidad de la incidencia de los intereses sociales o colectivos sobre la misma, que encuentra expresa consagración en los números 2 y 3 del propio artículo 14 y en el artículo 15 de la GG, y que determina una específica «debilidad» del derecho de propiedad frente a los aludidos intereses. BREUER⁵ habla, por ello, de una garantía primaria de la propiedad en cuanto tal y de una garantía secundaria del valor de la propiedad, que alcanza incluso al supuesto máximo de socialización. Esta doble y sucesiva eficacia de la garantía constitucional supone una mayor complejidad en la calificación de las limitaciones o ataques a la propiedad, de forma que —según el autor citado— éstos pueden ser legítimos y eficaces sin indemnización (no existe afección de la garantía, se opera en el marco de la lícita «Eigentumsbindung»),

⁴ Josef AICHER, *Das Eigentum als subjektives Recht*, Ed. Duncker & Humboldt, Berlín, 1975, pág. 21.

⁵ Rüdiger BREUER, *Die Bodennutzung...*, op. cit., pág. 12.

Luciano Parejo Alfonso

o legítimos y eficaces, pero con indemnización (existe afección de la garantía, pero la prevalencia del interés público hace ceder la garantía primaria, actuando sólo la secundaria del valor; es el caso de la expropiación típica o del ataque equivalente a ésta), siendo calificables de ilegítimos e ineficaces en absoluto sólo cuando no concurre ninguno de los dos presupuestos anteriores.

III. EL CONCEPTO DE PROPIEDAD EN EL ARTICULO 14 DE LA GG

1. LOS ANTECEDENTES INMEDIATOS; EL CONCEPTO DE PROPIEDAD BAJO LA CONSTITUCION DE WEIMAR

El artículo 153 de la Constitución de Weimar abordaba la regulación del derecho de propiedad en los siguientes términos:

«1. La Constitución garantiza la propiedad. El contenido y los límites de ésta resultan de las leyes.

2. Una expropiación sólo puede tener lugar para el bien de la colectividad y con base en una Ley. Tiene lugar contra una proporcionada indemnización, en tanto una Ley no determine otra cosa. En caso de discrepancia sobre el importe de la indemnización, está abierta la vía judicial ante los Tribunales ordinarios, salvo que por Ley se disponga otra cosa. La expropiación por el «Reich» de bienes de los «Länder», Ayuntamientos y Asociaciones de interés público sólo puede tener lugar mediante indemnización.

3. La propiedad obliga. Su utilización debe ser simultáneamente servicio del bien común.»

Como señala FORSTHOFF⁶, en principio el texto constitucional —salvo la novedad de la habilitación al «Reich» para proceder a expropiaciones sin indemnización— no parecía introducir innovaciones sustanciales en el planteamiento tradicional del derecho de propiedad, que el mismo autor resume en los términos de protección absoluta de los derechos patrimoniales frente al Estado, con la sola excepción de la susceptibilidad de la propiedad inmobiliaria (objeto, así, de una protección disminuida) de ser objeto de privación incluso total a través de la expropiación.

Sin embargo, lo cierto es que el precepto constitucional transcrito sirvió de base, en vía interpretativa, a una considerable ampliación de la garantía de la propiedad y, por tanto, de una profunda transformación del concepto constitucional de esta última.

Es observación común en la doctrina alemana⁷ la decisiva importancia que en este proceso interpretativo tuvo el trabajo de Martin WOLFF, publicado en 1923, *Reichsverfassung und Eigentum*. La tesis establecida por este autor puede resumirse en los siguientes puntos⁸:

⁶ Ernst FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, tomo I, parte general, Verlag C.H. Beck, 9.ª ed., Munich y Berlín, 1966, págs. 304 y 305.

⁷ V. al respecto E. FORSTHOFF, *Lehrbuch...*, op. cit., pág. 305; R. BREUER, *Die Bodennutzung...*, op. cit., págs. 13 y 14, y Helmut RITTSTIEG, *Eigentum als Verfassungsproblem*, Ed. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1975, págs. 258 y 259.

⁸ Cfr. al respecto la exposición que de la aportación de Martin Wolff a la interpretación del artículo 153 de la Constitución de Weimar hace H. RITTSTIEG, en su obra citada en nota anterior.

La garantía del derecho de propiedad

— La protección de la propiedad privada en cuanto institución jurídica es distinta y va más allá del reconocimiento y garantía de un derecho subjetivo. Es este el origen de la idea de la garantía institucional hoy aceptada pacíficamente en la interpretación del artículo 14 de la GG.

— El objeto de la protección constitucional dispensada por el artículo 153 de la Constitución de Weimar no se circunscribe a la propiedad de cosas (de objetos corporales), sino que alcanza a todo derecho patrimonial privado (incluyendo aquí la propia empresa).

Esta posición doctrinal va a proporcionar a la Jurisprudencia —piénsese que la Magistratura de la Monarquía había quedado intacta a pesar del cambio social y político— la base argumental necesaria al mantenimiento de una posición defensora a ultranza de los derechos patrimoniales privados, incluso frente a medidas legislativas. Ya en una primera Sentencia de 28 de abril de 1921 del sexto Senado del «Reichsgericht» —producida en instancia de apelación contra una Sentencia dictada por el Tribunal Superior hanseático en materia de viviendas—, el alojamiento obligatorio de personas fue calificado, desde la perspectiva del propietario de la vivienda afectada, como expropiación, y la renta señalada al efecto como insuficiente indemnización por el perjuicio que aquel alojamiento causaba (con lo que se producía, por primera vez, un enjuiciamiento material de la constitucionalidad de una norma legal). Pero el comienzo real de la línea jurisprudencial de ampliación del concepto de propiedad, desde el punto de vista de su garantía constitucional, suele fijarse en la importante Sentencia del séptimo Senado del «Reichsgericht» de 18 de noviembre de 1921, dictada en el caso conocido por «Lippeschen Rente» (la renta del Estado de Lippe). Por una transacción del año 1762 se había reconocido a una rama lateral de la casa señorial de Lippe una renta actualizable del dominio señorial, renta que había sido suprimida por una Ley del «Land» de 1920. El Tribunal declaró que esta renta —surgida de la época feudal— debía considerarse como derecho privado legítimamente adquirido y que, por tanto, la Ley del «Land» —al expropiar dicha renta sin indemnización— contravenía el artículo 153 de la Constitución y era nula. En posteriores Sentencias del mismo Tribunal (así, las del quinto Senado de 13 de diciembre de 1924, sobre la renta del carbón; la del sexto Senado de 18 de junio de 1925, sobre estatalización del patrimonio familiar de la casa de Sachsen-Gotha, y la del quinto Senado de 28 de noviembre de 1923, sobre amortización de hipotecas establecidas en marcos-oro con «Rentenmarks» de la época álgida de la inflación) se extendió la protección constitucional de la propiedad a los derechos de crédito (renta del carbón, que había sido limitada por Ley), a las medidas legislativas de privación directa de derechos patrimoniales (patrimonio de la casa Sachsen-Gotha) equiparadas, así, a expropiaciones y a derechos hipotecarios y otros créditos unilaterales.

En el campo que aquí más interesa, el urbanístico, el «Reichsgericht» confirmó la anterior línea de razonamiento, sentando el principio de la protección de la propiedad frente a limitaciones jurídico-públicas a su aprovechamiento. Es fundamental a este respecto la Sentencia del sexto Senado de 11 de marzo de 1927, sobre la inclusión de un solar en la lista de monumentos protegidos al amparo de la legislación específica de la materia. Tal inclusión se reputó —con base en el argumento de la no generalidad de la

medida— auténtica expropiación, rechazando la conceptualización de la Ley sobre monumentos como delimitadora del contenido y límites del derecho de propiedad. Idéntico carácter expropiatorio se otorgó a las determinaciones de los planes de alineaciones («Fluchtlinienpläne»), de las que resultara la inedificabilidad de terrenos por sendas Sentencias del tercer Senado de 28 de enero de 1930 y 3 de marzo de 1931.

Finalmente, la garantía constitucional se consideró igualmente aplicable a la propia empresa, si bien bajo la reserva de la habilitación del legislador para la regulación de la misma, siempre que se respetara el principio de la generalidad (Sentencias del séptimo Senado de 27 de mayo de 1930 y 10 de enero de 1933).

2. LA RECEPCION Y AUN AMPLIACION DEL CONCEPTO ESTABLECIDO BAJO LA CONSTITUCION DE WEIMAR

Sin perjuicio de su mayor perfección técnica, pocas variaciones introduce el artículo 14 de la GG sobre el 153 de la Constitución de Weimar. La más destacada, como ha puesto de relieve FORSTHOFF⁹, radica en la precisión del instituto de la expropiación, al suprimir la posibilidad de operaciones expropiatorias sin indemnización; supresión que trae causa con toda evidencia de la Jurisprudencia establecida en la época de Weimar y que fija definitivamente el deslinde conceptual entre la expropiación (a la que es consustancial la indemnización) y la legítima regulación por el poder público de los derechos individuales, por un lado, y la socialización, por otro.

Por ello y desde el primer momento, según advierte el propio FORSTHOFF, ninguna discrepancia ha existido en torno a que el artículo 14 de la GG supone la reposición de la garantía constitucional de la propiedad, en el amplio sentido en que su consagración por el artículo 153 de la Constitución de Weimar había sido interpretada.

La recepción de esta interpretación jurisprudencial, ya bajo la vigencia de la GG, se produce tempranamente en la importante Sentencia del Gran Senado del «Bundesgerichtshof» de 10 de junio de 1952. Siguiendo a RITTSTIEG¹⁰, las líneas básicas de la tesis sentada en esta Sentencia pueden establecerse como sigue:

- a) Asunción incondicional de la doctrina jurisprudencial consagrada bajo la Constitución de Weimar, constatando —incluso— que el artículo 14 de la GG refuerza la protección frente al legislador ordinario aún más que el artículo 153 de aquella Constitución.
- b) Reconocimiento de la propiedad como presupuesto de la libertad y de la dignidad del hombre sancionadas constitucionalmente. En expresión del propio Tribunal: «El individuo integrado en el Estado precisa para poder vivir entre sus iguales como persona, es decir, libre y responsablemente, y para no reducirse a simple objeto de un poder estatal todopoderoso, o, lo que es igual, en razón a su libertad y dignidad, una esfera de propiedad estrictamente asegurada.»

⁹ E. FORSTHOFF, *Lehrbuch...*, op. cit., pág. 309.

¹⁰ Helmut RITTSTIEG, *Eigentum...*, op. cit., págs. 300 y sigs.

c) Consagración del principio de la economía de mercado libre, que sólo puede ser excepcionado en razón a circunstancias especiales y de forma transitoria. De este principio se extrae la prevalencia del arbitrio del propietario en el disfrute de su propiedad y la consecuencia de la nulidad de toda medida legislativa que traspase los límites constitucionales y supraleales de esta forma vagamente establecidos a la legítima vinculación de dicha propiedad.

d) Extensión de la garantía constitucional a todos los derechos de contenido patrimonial, en razón a la evolución experimentada desde el Estado policía al Estado social de derecho. En palabras del propio Tribunal, cuya cita es ya lugar común en la doctrina alemana: «Si la expropiación estatal incide sobre todo el patrimonio de los ciudadanos, la garantía de la propiedad y la protección en caso de expropiación deben cubrir también la totalidad del patrimonio de los ciudadanos. Ellas deben, por ello, quedar referidas a cualquier derecho patrimonial, con independencia de que éste pertenezca al Derecho civil o al Derecho público.»

De esta forma, el «Bundesgerichtshof» sancionaba el amplio concepto constitucional de propiedad elaborado ya bajo la Constitución de Weimar. La ulterior jurisprudencia civil ha confirmado esta doctrina, por lo que puede decirse que —conforme a aquélla— bajo la protección constitucional de la propiedad caen todos los derechos con contenido patrimonial de Derecho privado y, por tanto, no sólo los derechos reales, sino también los obligacionales (acciones, derechos de crédito en general, derechos de arrendamiento, etcétera). La llamada propiedad intelectual (derechos de inventor, de patente, de edición o reproducción, de marcas, etc.) queda también incluida en sus aspectos exclusivamente patrimoniales. Pero también alude esta jurisprudencia a la cobertura por la garantía constitucional de posiciones patrimoniales jurídico-públicas.

La jurisprudencia del «Bundesverwaltungsgericht» (Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo), del «Bundessozialgericht» (Tribunal Federal de lo Social) y del «Bundesverfassungsgericht» (Tribunal Federal Constitucional) coincide en lo sustancial con la del Tribunal Federal de lo Civil.

El Tribunal Federal Constitucional, sin embargo, ha ido más allá, extendiendo la garantía constitucional a posiciones jurídico-públicas con contenido patrimonial (extensión del concepto de propiedad que se encuentra apuntada, como ha quedado visto, en la jurisprudencia civil). Tras unas primeras Sentencias muy prudentes y restrictivas al respecto, en las que negó la pertenencia de las referidas posiciones a la propiedad en el sentido del artículo 14 de la GG, por entender que éste sólo se refiere a la propiedad tal como ésta ha sido conformada por el Derecho civil y las concepciones sociales (prueba de lo cual la debía constituir la referencia simultánea del precepto al derecho de herencia), el Tribunal dio un giro copernicano en el planteamiento de la cuestión, sentando a partir del año 1955 ¹¹ la doctrina de que aquellos derechos subjetivos jurídico-públicos que concedan a su titular una posición equiva-

¹¹ R. BREUER, *Die Bodennutzung...*, op. cit., cita como expresivos de esta doctrina, entre otros, los fallos de 21 de julio de 1955, 7 de mayo de 1963, 3 de marzo de 1965 y 16 de octubre de 1968. V. en Reinhard RIEGEL, *Das Eigentum im europäischen Recht*, Ed. Duncker & Humboldt, Berlín, 1975, págs. 21 a 24, una exposición de dicha doctrina jurisprudencial, aquí seguida en lo fundamental.

Luciano Parejo Alfonso

lente a la del propietario deben entenderse comprendidos en la protección constitucional de la propiedad. La equivalencia a la posición del propietario —y ésta es una precisión importante— no resulta del hecho de que el derecho subjetivo jurídico-público contenga importantes elementos jurídico-privados, sino más bien del dato de que la posición que aquél otorgue sea tan sólida que deba excluirse —en razón al principio del Estado de Derecho consagrado por la Constitución— la posibilidad de su privación por el Estado sin indemnización. Una tal sólida posición sólo puede darse, en opinión del propio Tribunal, cuando el derecho que se pretenda hacer valer no tenga origen exclusivamente en una concesión del Estado, sino que sea consecuencia de una propia prestación («Leistung») ¹².

En todo caso, el límite a esta amplia concepción de la propiedad viene representado por la negativa del «Bundesverfassungsgericht» a considerar que la garantía constitucional de aquélla alcanza al patrimonio en su conjunto o como un todo.

Esta construcción jurisprudencial, en cuanto es indiscutible que tiene en cuenta la transformación experimentada por la estructura de los valores patrimoniales, puede decirse que está plenamente aceptada por la doctrina. La relativa importancia actual de la propiedad inmobiliaria para con respecto a la de bienes muebles o de otros derechos obligacionales e, incluso, *status* especiales de carácter jurídico-público (Seguridad Social, derechos funcionariales, etcétera), obliga desde luego a replantear la interpretación de los textos constitucionales que, aun los de época reciente, continúan arrastrando fórmulas acuñadas en el constitucionalismo decimonónico, en el que la propiedad inmobiliaria era aún el valor principal.

3. LA DELIMITACION DEL CONCEPTO DE PROPIEDAD POR RELACION A LA LIBERTAD DE ACTIVIDAD PROFESIONAL («BERUFSFREIHEIT»)

El intento de articular la defensa de ámbitos de actuación profesionales o económicos frente a regulaciones estatales sobre la base de la garantía de la propiedad ha conducido a una clara delimitación por el Tribunal Constitucional de los ámbitos propios de aquella garantía y de la establecida para la actividad profesional en el artículo 12 de la GG, conforme a cuyo número 1: «Todos los alemanes tienen el derecho a escoger libremente la profesión, el puesto de trabajo y el centro de formación. La actividad profesional puede ser regulada por Ley o con base en una Ley.»

R. RIEGEL ¹³ señala que el criterio elaborado al respecto por el Tribunal radica en atribuir carácter personal al derecho subjetivo consagrado por el

¹² Esta línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha sido objeto recientemente de crítica por parte de un miembro del propio Tribunal. Con ocasión del dictado de la Sentencia de 20 de octubre de 1971, sobre un caso de aplicación de la Ley de compensación de cargas («Lastenausgleichsgesetz»), la Magistrado Rupp von Brünneck formuló un voto particular disintiendo del fallo con base en el siguiente argumento: La estricta división entre el Derecho privado y el público hasta ahora establecida por el Tribunal Federal Constitucional está superada por la evolución del Derecho. La protección de la propiedad, en cuanto parte de la protección de la libertad, debería extenderse también a las posiciones activas (Berechtigungen) jurídico-públicas, de las que el ciudadano, en su existencia económica, depende cada vez en mayor medida (tomado de la exposición que del voto particular hace R. RIEGEL, *Das Eigentum...*, op. cit., pág. 23).

¹³ Reinhard RIEGEL, *Das Eigentum...*, op. cit., págs. 24 y 25.

artículo 12 de la GG, por contraposición a la índole objetiva de la función protectora del artículo 14 de la GG; criterio del que resulta que este último precepto sólo se refiere a los derechos patrimoniales ya adquiridos, es decir, actúa sólo con relación al contenido del patrimonio existente en cada momento, mientras que el artículo 12 de la GG garantiza la adquisición misma de derechos y la actividad dirigida a ella.

La diferenciación de los respectivos ámbitos de aplicación de los preceptos constitucionales citados así lograda es desde luego clara. Sólo deja irresuelta una zona problemática; aquella en la que la actividad profesional sólo es posible mediante la utilización o aprovechamiento del patrimonio propio ya adquirido. En este supuesto, cualquier incidencia estatal forzosamente pone en juego las garantías derivadas de los dos preceptos. La solución estriba, según el propio Tribunal, en el grado de la incidencia sobre uno u otro ámbito, de modo tal que sólo es invocable aquel precepto en cuyo ámbito de aplicación —determinado según el criterio anterior— sea mayor aquella incidencia.

4. LA ESPECIAL POSICION DEL DERECHO DE PROPIEDAD INMOBILIARIA FRENTE A LA GARANTIA CONSTITUCIONAL

La protección conferida por el artículo 14 de la GG a la propiedad alcanza, desde luego a todos los derechos subsumibles en el amplio concepto de esta última elaborado jurisprudencialmente. Ello significa que la susceptibilidad de ser objeto de la referida protección es una cuestión cualitativa: ha de estarse a la naturaleza misma del derecho de que se trate para poder concluir si el mismo cae o no bajo la cobertura constitucional. Por esta sola razón es ilegítimo cualquier intento de excluir de la garantía constitucional determinados derechos en razón a criterios diversos, tales como el valor, la dimensión o cantidad y el tipo de utilización o aprovechamiento¹⁴.

Sin embargo, la garantía constitucional no otorga a todos los bienes o derechos patrimoniales una misma y única protección. Esta, por el contrario, varía en su intensidad según el bien o derecho de que se trate.

En cuanto hace a la propiedad inmobiliaria, si bien es evidente que continúa siendo el núcleo central y típico de aquella garantía, no lo es menos que en la actualidad padece de una específica «debilidad» frente al interés general o público como consecuencia no sólo de su propia naturaleza (el suelo y lo sobre él edificado constituye el soporte único y escaso de toda actividad humana), sino de la evolución que ha experimentado, sobre todo, en los últimos años. En efecto, las consecuencias de su liberación de las limitaciones medievales y su transformación en una mercancía apta para el tráfico jurídico propio de la economía liberal capitalista por la codificación civil decimonónica —que han sido caracterizadas por HEDEMANN¹⁵ con la triple expre-

¹⁴ En Alemania, incluso en el proceso constituyente, se han producido efectivamente propuestas de exclusión de determinados bienes de la garantía constitucional, bien sobre la base de distinguir entre el patrimonio de utilización directa (protegido) y el de aprovechamiento indirecto o capitalista (no protegido), bien con arreglo al criterio de dejar fuera de la misma determinados bienes a partir de un determinado valor o cantidad.

¹⁵ J. W. HEDEMANN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert*, tomo II, Berlín, 1930, págs. 79 y sigs.

Luciano Parejo Alfonso

sión de atomización del suelo («Bodenzersplitterung»), endeudamiento del suelo («Bodenverschuldung») y egoísmo del suelo («Bodenegoismus») — han determinado la necesidad de una cada vez más profunda y estricta regulación estatal del derecho de propiedad, a fin de garantizar una mínima coherencia entre los intereses de los propietarios y los públicos. De ahí, como apunta R. BREUER¹⁶, la aún irresuelta polarización actual entre propiedad privada y regulación jurídico-pública de la misma.

El Tribunal Federal Constitucional, en Sentencia de 12 de enero de 1967, ha acertado a expresar la específica posición que a la propiedad del suelo corresponde en el contexto de la garantía establecida por el artículo 14 de la GG:

«El hecho de que el suelo sea imprescindible e irreproducible impide abandonar completamente su aprovechamiento al inextricable juego de las libres fuerzas y al arbitrio del individuo; antes bien, una ordenación jurídica y social justa obliga a hacer presentes los intereses de la colectividad en el suelo en mayor medida que otros bienes patrimoniales. El suelo... no puede ser tratado en el tráfico jurídico como una mercancía mueble.»

IV. LA REMISION A LA LEY ORDINARIA PARA LA FIJACION DEL CONTENIDO («INHALT») Y LIMITES («SCHRANKEN») DEL DERECHO DE PROPIEDAD

El número 1 del artículo 14 GG, inmediatamente después de proclamar la garantía del derecho de propiedad, dispone que las Leyes determinan el contenido y los límites de dicho derecho. Esta remisión y, al propio tiempo, reserva a la Ley ordinaria plantea básicamente dos problemas de gran trascendencia: la significación constitucional misma de la reserva y el ámbito de apoderamiento para la regulación del derecho de propiedad que de la misma se deriva en favor del legislador.

I. LA SIGNIFICACION ACTUAL DE LA RESERVA DE LEY EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En la concepción liberal tradicional de la reserva de Ley ésta tenía una función de garantía frente a las inmisiones estatales en la esfera de libertad y propiedad del ciudadano, entendida ésta como ámbito individual en principio ilimitado y previo a toda regulación estatal garantizado constitucionalmente. De esta forma, la reserva de Ley asumía una única función de carácter negativo: la limitación de la aludida esfera de libertad en razón a intereses públicos o de terceros. La Ley era considerada, así, una excepción a la libertad del ciudadano, impuesta a ésta desde fuera; carácter éste de la legalidad ordinaria en materia de derechos fundamentales que no alteraba su virtualidad garante de aquella libertad (la reserva de Ley impedía, al propio tiempo, toda intromisión autónoma de la Administración en la misma).

Esta concepción, lejos de haber sido abandonada, sigue aún vigente en un significado sector de la doctrina alemana. Así, HERZOG sostiene que la reserva

¹⁶ R. BREUER, *Die Bodennutzung...*, op. cit., pág. 17.

de Ley representa una ruptura («Durchbrechung») del derecho fundamental correspondiente, en la medida en que habilita al legislador para ordenar una limitación («Einschränkung») o una diluición («Verdünnung») de la protección constitucional de aquel derecho, y MAUNZ entiende que la legislación ordinaria prima o prevalece frente a los derechos fundamentales, en tanto que cada reserva de Ley autoriza al legislador para incidir sobre el contenido mismo del derecho fundamental de que se trate¹⁷.

Sin embargo, en cuanto la significación así atribuida a la reserva de Ley trae causa directa del concepto de libertad elaborado bajo el Estado liberal de Derecho, su revisión —una vez superado éste— se hace insoslayable. La cuestión radica, según KREBS¹⁸, en determinar si la contraposición legislación-derecho fundamental resultante de la concepción tradicional puede continuar manteniéndose bajo la vigencia de disposiciones constitucionales conformadoras del Estado como de Derecho, democrático y social.

La respuesta de este mismo autor a la cuestión así propuesta, es negativa. Ni siquiera las expresiones literales empleadas por la «Grundgesetz» ofrecen base suficiente para la persistencia de la concepción tradicional de la reserva de Ley: la Constitución sólo en contados casos (art. 2.º.2, a propósito de los derechos a la vida y a la integridad corporal, y art. 13.3, en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio), emplea el concepto «Eingriff» (inmisión, intervención; se entiende del legislador) o equivalente al mismo, tal como el de «Enteignung» (expropiación; art. 14.3); en la mayoría de los casos utiliza términos bien de interpretación en todo caso ambivalente (así el de «Schranken» o límites —art. 5.º 2 respecto de la libertad de opinión y de prensa; art. 14.1 para el derecho de propiedad—, que puede referirse en principio tanto a límites impuestos «desde fuera» al derecho de que se trate, como a límites que delimitan positivamente desde un principio dicho derecho), bien de significado absolutamente neutral (como los de «Regelung» o regulación —art. 4.º 3 a propósito del derecho de libertad religiosa; art. 12.1 y 2 en relación con el derecho a la libertad profesional— y «Bestimmung» o determinación —art. 38.3 respecto del derecho electoral activo y pasivo) o, incluso, cuya interpretación más cabal es la de habilitar al legislador para la configuración positiva del propio derecho fundamental (en concreto, el de «Inhalt» o contenido unido al de «Schranken» o límites, utilizados precisamente por el art. 14.1). Por tanto, no es posible sostener la supervivencia de la formulación tradicional de la reserva de Ley en el tenor literal de los preceptos constitucionales vigentes, toda vez que dicho tenor literal, en el peor de los casos, deja abierto el tema de la función que a la legislación ordinaria quepa atribuir en el ámbito de los derechos fundamentales.

El punto de partida en el análisis de la cuestión debe situarse, en consecuencia, más bien en la constatación de que la concepción de la libertad individual garantizada constitucionalmente ha experimentado una sustancial transformación como consecuencia de la sustitución del Estado liberal de Derecho

¹⁷ Roman HERZOG, *Allgemeine Staatslehre*, Frankfurt, 1971, pág. 377; Theodor MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht, Studienbuch*, 19 ed., München, 1973, pág. 117; citados por Walter KREBS, *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, Ed. Duncker & Humboldt, Berlín, 1975, página 68.

¹⁸ Walter KREBS, *Vorbehalt...*, op. cit., pág. 69.

por el Estado social y democrático de Derecho, a la que subyace la realidad social de que la autonomía individual hoy sólo es posible a partir no sólo de una garantía o protección estatal en sentido clásico, sino fundamentalmente de acciones y prestaciones estatales positivas (que constituyen cabalmente el presupuesto indispensable para la posibilidad misma de una libertad real).

En opinión del autor al que en este punto se viene siguiendo, la «Grundgesetz» no es indiferente a la transformación y realidad social apuntadas. Lejos de ello, el Estado social de Derecho que sanciona está precisamente caracterizado no sólo por el respeto de la libertad individual como esfera de autonomía social, sino por la inteligencia de dicha libertad como tarea propia del Estado. A partir del principio del Estado social de Derecho entendido como deber estatal de procurar un orden social justo, los derechos fundamentales rebasan su tradicional significación defensiva frente al Estado para pasar a otorgar contenido constitucional al mandato de conformidad de la legislación ordinaria a la «Verfassungsmässige Ordnung» (orden constitucional) resultante de la proclamación de la República como Estado federal, democrático y social, contenido en los artículos 20, núms. 1 y 3 y 28, núm. 1 de la Constitución. Desde este punto de vista, los derechos fundamentales aparecen como «Gemeinwohlsgüter» (bienes del bienestar colectivo) que, en cuanto mandatos constitucionales de índole social, provocan la actividad estatal¹⁹.

En esta nueva interpretación de la reserva constitucional de Ley, ésta —aún conservando su función negativa de garantía del ámbito de libertad individual frente a las inmisiones estatales— no se agota en ella, sino que cobra una nueva dimensión: la de la positiva realización de los derechos fundamentales («Grundrechtsverwirklichung»). La Ley, pues, deja de ser extraña a la naturaleza de la libertad individual y, por ello, una intervención o inmisión «desde fuera» sobre el derecho fundamental, para pasar a ser considerada como desarrollo o ejecución de la regulación constitucional de los derechos fundamentales.

Dos consecuencias importantes se siguen del concepto renovado de la reserva de Ley. De un lado, ya no puede seguir considerándose como una técnica con contenido y funcionalidad únicos; antes bien estos últimos dependen ahora de la específica articulación constitucional en cada caso de la reserva y de la naturaleza misma del derecho fundamental de que se trate. Y, de otro lado, el ámbito de apoderamiento que para el legislador ordinario de ella se deriva sólo puede ser enjuiciado en todo momento a partir de la propia normativa constitucional, sin que su efectivo ejercicio en una determinada legislación pueda llegar a tener en ningún caso la virtualidad de reoperar sobre dicha normativa «congelando» de una vez para siempre los límites legítimos de su desarrollo a nivel ordinario.

En el caso del derecho de propiedad, que es el que aquí nos interesa, lo dicho significa que la reserva de Ley que establece el artículo 14.1 GG tiene un significado específico, distinto al que puedan tener las reservas prescritas para otros derechos fundamentales, y, además, que el concepto de propiedad plasmado en el artículo 14 tiene una sustantividad propia y no puede identi-

¹⁹ Walter KREBS, *Vorbehalt*..., op. cit., pág. 73.

ficarse con el que en cada momento sancione una Ley ordinaria (de lo que resulta la plena corrección de la doctrina jurisprudencial sentada a propósito de dicho precepto constitucional y más arriba examinada).

Por ello, KIRCHHEIMER²⁰ ha podido decir que la reserva de Ley del artículo 14 GG confiere al legislador el derecho del Estado a la normación positiva del ámbito de poder de la propiedad («das Recht des Staates zur positiven Normierung des Eigentums-Machtbereiches»). En idéntico sentido y más recientemente, FORSTHOFF²¹ afirma la inexistencia de un concepto absoluto de propiedad, la cual sólo mediante su conformación por la legislación ordinaria gana practicabilidad (entendiendo aquí «conformación» como establecimiento del contenido y de los límites del derecho de propiedad).

Ha de concluirse con BREUER²² que la discusión doctrinal en torno a si los conceptos «contenido» (Inhalt) y «límites» (Schranken) son o no idénticos ninguna contribución a la clarificación de la estructura de la reserva de Ley aporta. Porque aun cuando desde un punto de vista teórico y abstracto quepa efectivamente distinguir entre una determinación sustantiva de contenido dentro de un ámbito previamente acotado y la delimitación o fijación de los límites de dicho ámbito, lo cierto es que desde un punto de vista práctico, desde la perspectiva del proceso legislativo ambos aspectos se entremezclan y confunden necesariamente. Lo relevante verdaderamente, como destaca BREUER, es que la Constitución remita al legislador la delimitación del contenido mismo del derecho de propiedad.

Una última precisión a este tema resulta necesaria: en cualquier caso, toda reserva de Ley en materia de derechos fundamentales se entiende como reserva de Leyes generales o «Vorbehalt der allgemeinen Gesetze». Ley general en este sentido es, de acuerdo con HÄBERLE²³, la norma legal que tiene por objeto bienes jurídicos de validez general («allgemein gültige Rechtsgüter»), hasta el punto, incluso, de que su regulación supone verdaderos límites a los derechos fundamentales. La colocación de éstos bajo la reserva de dicho tipo de Leyes, por tanto, tiene un doble significado: tales derechos sólo pueden ser delimitados en razón a la protección de otros bienes jurídicos de por lo menos igual rango, pero —al mismo tiempo— la necesidad de dicha protección autoriza siempre aquella delimitación legal. En el bien entendido, no obstante, que la valoración del rango respectivo de los derechos fundamentales y de los bienes jurídicos que puedan entrar en colisión con los mismos sólo puede tener lugar desde la perspectiva constitucional.

En su consecuencia, la técnica de las Leyes generales reconduce a un sistema coherente el conjunto de reservas de Ley que la Constitución prevé y que, como antes ha quedado visto, es heterogéneo por la especificidad con que cada una de dichas reservas se articula. Y ello porque —según precisa el propio HÄBERLE— la generalidad de la Ley a dictar en aplicación de dichas reservas priva al legislador ordinario, en el ámbito global de los derechos fun-

²⁰ O. KIRCHHEIMER, *Die Grenzen der Enteignung*, Berlín y Leipzig, 1930, pág. 37.

²¹ E. FORSTHOFF, *Lehrbuch...*, op. cit., pág. 314.

²² R. BREUER, *Die Bodennutzung...*, op. cit., págs. 19 y 20.

²³ Peter HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Editorial C.F. Müller, Karlsruhe, 1962, pág. 32.

Luciano Parejo Alfonso

damentales, de toda posibilidad de arbitrariedad, cualquiera que sea el tipo concreto de habilitación de que haga uso, ya que en este uso forzosamente ha de tener en cuenta todo el complejo de la regulación constitucional de los citados derechos.

2. EL AMBITO DE LA HABILITACION CONCEDIDA AL LEGISLADOR ORDINARIO; LA FUNCION SOCIAL O «SOZIALBINDUNG» DE LA PROPIEDAD

La reserva de Ley prevista en el artículo 14.1 GG debe entenderse al propio tiempo, según la significación actual de dicha técnica y como destaca LEISNER²⁴, prescripción expresa y positiva de la función o vinculación social («Sozialbindung») de la propiedad, es decir, «reserva social» o «Sozialvorbehalt» bajo la que se coloca la protección constitucional de tal derecho.

Este carácter de «reserva social» de la remisión a la legislación ordinaria de la precisión del contenido y límites del derecho de propiedad resulta del número 2 del propio artículo 14 GG, conforme al cual «La propiedad obliga. Su utilización (uso y disfrute) debe servir simultáneamente al bienestar de la colectividad».

Evidentemente, pues, el legislador ordinario, al hacer uso de la habilitación constitucional, debe procurar que el mandato contenido en el artículo 14.2 GG se realice. Pero de este mandato no resultan desde luego con claridad verdaderos y concretos límites, sino todo lo más una directriz para la potestad legislativa. En principio, pues, parece como si en la Constitución no se hubiera sujetado la reserva de Ley en materia de propiedad a límites jurídicos, quedando el derecho de propiedad en su modelación concreta —al margen de su persistencia institucional— a la libre disponibilidad del legislador ordinario.

Una tal conclusión, sin embargo, sería errónea. La existencia misma de la expropiación y de la socialización la excluye de todo punto. Si los artículos 14 y 15 GG condicionan la legitimidad de la expropiación y de la socialización a la indemnización del valor de la propiedad sacrificada por dichas medidas y, por el contrario, admiten la legitimidad de una regulación estatal de la propiedad no sujeta a tal condición —la dirigida a precisar su «Sozialbindung»²⁵—, ello sólo puede significar que esta última es cualitativamente distinta de aquellas otras medidas y que, por tanto, cada una de ellas debe tener su ámbito propio. LEISNER²⁵ define por ello la «Sozialbindung» como «aquella limitación de la propiedad por acto de soberanía estatal, que no obliga como la expropiación a la indemnización». Surge así el problema teórico de los límites propios de la potestad legislativa ordinaria en la aplicación de la reserva de Ley del artículo 14.1 GG.

El problema así planteado ha sido objeto de amplia atención tanto por parte de la jurisprudencia, como de la doctrina alemanas. Sin embargo, no puede decirse que los múltiples esfuerzos aplicados a la identificación de unos lími-

²⁴ Walter LEISNER, *Sozialbindung des Eigentums*, Ed. Dunker & Humboldt, Berlín, 1972, página 44.

²⁵ Walter LEISNER, *Sozialbindung...*, op. cit., pág. 43.

tes que encuadren el ámbito de la regulación legítima del derecho de propiedad sin deber de indemnización haya dado como fruto fórmulas precisas. Los resultados permanecen más bien en el marco de las formulaciones abstractas y excesivamente generales. Con todo, su exposición reviste un interés destacado.

Con carácter previo conviene advertir, no obstante, que desde diversas posiciones se ha puesto en duda la posibilidad misma de una definición sustantiva del contenido propio de la «*Sozialbindung*»; posiciones que parten de la relatividad bien de la propiedad como posición jurídica, bien de toda determinación de la función o vinculación sociales de aquélla.

La primera de las tesis enunciadas se basa en el dato de que la propiedad, incluso en su núcleo esencial, tiene límites variables históricamente. La propiedad es una institución jurídica en constante evolución. Esta relativización histórica de la propiedad —como destaca el propio LEISNER²⁶— supone la negación misma de la cuestión propuesta, en cuanto rebaja ésta al nivel de la legislación ordinaria (el contenido de la propiedad ha de ser determinado para cada momento histórico y del mismo dependerá, a su vez, el ámbito de la función social de la propiedad y el de la expropiación) y excluye, así, la hipótesis de que dichos contenido y ámbito estén o puedan ser precisados a partir de la Constitución.

Distinta de la anterior es la posición por la que, si bien no se niega la posibilidad misma de una determinación conceptual del contenido propio de la propiedad, se condiciona ésta a través de la observación de que —aún desde la perspectiva del propietario individualmente considerado— su derecho, en cuanto limitado por otros derechos subjetivos, es siempre relativo. Pero, evidentemente, conduce a un resultado final idéntico a la anterior, al comprender en el concepto mismo de la propiedad el de sus límites o limitaciones y difuminar, por tanto, la frontera entre «*Sozialbindung*» y expropiación. La distinción entre estos dos ámbitos se vuelve radicalmente problemática por la posibilidad teórica de una desmesurada ampliación del primero, hasta el punto de una práctica reducción a la nada del segundo.

La segunda de las tesis enunciadas, es decir, la que afirma la relatividad de toda delimitación de la función social de la propiedad para con respecto a la expropiación ha sido mantenida, en una Sentencia del año 1958, por el Tribunal Federal de lo Social («*Bundessozialgericht*»). Tomando expresamente pie en la jurisprudencia del Tribunal Federal de lo Civil se sostiene en dicho fallo la inexistencia de fronteras fijas entre «*Eigentumsbindung*» y «*Enteignung*» y la consideración actual de la propiedad, conforme a la evolución de las concepciones sociales, como sujeta a una mayor vinculación social que bajo el orden social y económico característico de la época liberal individualista. Como al examinar más adelante la jurisprudencia del Tribunal Federal Civil se verá y señala LEISNER²⁷, la invocación que el Tribunal de lo Social hace a dicha jurisprudencia es errónea, pues ésta en ningún momento ha ido más allá de la admisión del carácter problemático de la distinción entre vinculación social y expropiación, afirmando desde luego que —sin perjuicio de dicho carácter— la distinción ha de establecerse a partir de los crite-

²⁶ Walter LEISNER, *Sozialbindung*..., op. cit., pág. 46.

²⁷ Walter LEISNER, *Sozialbindung*..., op. cit., págs. 48 y 49.

rios por ella misma elaborados. En todo caso, esta posición no es sustantivamente distinta de la que sostiene directamente la relatividad del concepto mismo de propiedad y la afectan, por tanto, los argumentos que en contra de ésta cabe esgrimir.

Y el argumento básico no es otro que el de la negación de una especial o superior relatividad de la propiedad para con respecto a los restantes derechos subjetivos y, en concreto, de los reconocidos por la Constitución. Ciertamente que la propiedad, como en general todos los derechos, son, en su concepción, relativos, pero ninguna demostración existe de que aquél lo sea en mayor medida que la generalidad de ellos. Por tanto, la utilización de la relatividad en el caso de la propiedad avoca en último extremo a negar toda posibilidad de fijación de un contenido preciso a cualesquiera de los derechos subjetivos garantizados en la Constitución a partir de esta misma norma fundamental.

Los intentos doctrinales y jurisprudenciales por encontrar unos criterios seguros para la determinación de lo que sea «Sozialbindung» de la propiedad pueden sistematizarse, siguiendo a BREUER²⁸, en dos grupos: los que se esfuerzan por derivar dichos criterios de los valores y directrices contenidos en la «Grundgesetz» y aquellos otros que se centran en la garantía por ésta en todos los derechos que reconoce de un contenido esencial o «Wesensgehalt» y procuran identificar dicho contenido en la propiedad.

A) *Los valores proclamados en la Constitución como fundamento para la delimitación de la vinculación social de la propiedad*

a) La tesis más restrictiva en torno al ámbito de la «Sozialbindung» la ha formulado en la doctrina SELLMANN²⁹. Este autor parte de una ponderación del orden de valores establecido por la Constitución en sus artículos 1.º y 2.º³⁰, llegando a la conclusión de que en aquél el supremo valor es siempre el individuo. La única interpretación correcta, pues, de la garantía de la propiedad del artículo 14 GG —que, como ha establecido el Tribunal Constitucional, ha de entenderse como propiedad en manos de particulares— es la que reconoce el principio de la libertad de propiedad («Eigentumsfreiheit»), sólo limitado en cuanto sea estrictamente indispensable por razón de los intereses comunitarios protegibles. Por lo tanto y según esta interpretación, en la regulación de los límites y contenido del derecho de propiedad el legislador ordi-

²⁸ Rüdiger BREUER, *Die Bodennutzung...*, op. cit., págs. 22 y sigs.

²⁹ Martin SELLMANN, *Sozialbindung des Eigentums und Enteignung*, en «Neue Juristische Wochenschrift», 1965, págs. 1689 y sigs.

³⁰ El artículo 1 GG determina:

«1. La dignidad del hombre es intangible. Es obligación de todo poder del Estado respetarla y protegerla.

2. El pueblo alemán asume los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

3. Los derechos fundamentales subsiguientes vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como Derecho inmediatamente aplicable.»

Y el artículo 2 dispone:

«1. Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, en la medida en que no lesionen derechos de otros y no infrinjan el orden constitucional y la Ley moral.

2. Todos tienen el derecho a la vida y a la integridad corporal. La libertad de la persona es inviolable. Sólo con base en una Ley puede incidirse sobre estos derechos.»

nario se encuentra vinculado por la anterior jerarquía de valores establecida por la Constitución, cuya observancia es controlable por los Tribunales.

Esta tesis ha sido objeto de numerosas críticas, centradas todas ellas en lo incierto de la afirmación de principio de que, en la Constitución, el valor superior sea el individuo. A la proclamación de derechos y libertades individuales contenida en sus primeros artículos puede oponerse la declaración —formulada en los artículos 20.1 y 28.1— del Estado como democrático y social de Derecho, debiendo tenerse en cuenta que esta declaración se conecta expresamente al concepto de «orden constitucional» o «verfassungsmässige Ordnung». Por ello mismo ha podido el Tribunal Constitucional dejar sentada la doctrina de que: «La imagen del hombre en la Constitución no es la del individuo aislado; antes bien, la Constitución ha resuelto la tensión individuo-colectividad en el sentido de la relación y vinculación sociales de la persona, sin por ello afectar el valor propio de esta última (Sentencia de 20 de julio de 1954; en el mismo sentido la posterior de 20 de octubre de 1960).

Sin embargo y con todo, no es este el principal argumento que a la tesis objeto de crítica cabe oponer. LEISNER³¹ ha advertido que la proclamación constitucional del principio del Estado social de Derecho nada añade, por sí mismo, al tema de la vinculación social de la propiedad. Ni era posible siquiera que lo hiciera, toda vez que aquel principio constituye la norma más general, de la que constituye específica concreción (*lex specialis*) en el marco de la propiedad el artículo 14 GG. La supuesta primacía de la «Eigentumsfreiheit» no resiste la prueba de su confrontación con el tenor literal de este último precepto. En él se establece un concreto orden de valores en materia de propiedad: junto a la garantía de la propiedad privada se sanciona con igual énfasis y solemnidad la vinculación o función social de la misma. A todo ello se añade, como advierte BREUER³², la circunstancia de que el artículo 14 GG articula la remisión al legislador ordinario de la delimitación del contenido y límites del derecho de propiedad con base en la ponderación de los intereses privados y públicos (pues no a otra cosa conduce el orden de valores en él establecido y antes indicado) y, en ningún caso, con arreglo a un mandato de prevalencia de la libertad de la propiedad.

b) Precisamente con apoyo en el artículo 2.1 GG otra corriente doctrinal llega a conclusión contrapuesta a la anterior³³. El punto de partida radica en la existencia de derechos fundamentales garantizados por la Constitución sin condicionamiento o reserva algunos; razón por la cual habían de encontrarse los «límites» de tales derechos, límites que serían inmanentes a los mismos («grundrechtsimmanente Schranken»). Y éstos se intentaron hallar en los tres proclamados en el artículo 2.º.1 GG (la llamada «Schrankentrias»): los derechos de terceros, el orden constitucional y la ley moral³⁴, derivándose de esta trilogía —a su vez— un principio general de reserva de los intereses colectivos o «Gemeinschaftsvorbehalt» aplicable a todos los derechos constitucionalmente garantizados.

³¹ Walter LEISNER, *Sozialbindung...*, op. cit., pág. 64.

³² Rüdiger BREUER, *Die Bodennutzung...*, op. cit., pág. 24.

³³ Así, por ejemplo, W. WEBER y K. RUDOLPH, citados por W. LEISNER, *Sozialbindung...*, op. cit., pág. 71.

³⁴ V. el texto del artículo en nota 30.

Aunque ciertamente los enunciados por el artículo 2.º 1 GG sean límites de los derechos fundamentales, la existencia misma de un tal principio general y de límites inmanentes a estos derechos de ellos derivados es negada totalmente o, cuando menos, reducida en su virtualidad a situaciones absolutamente excepcionales de peligro para el Estado³⁵ por la doctrina más significada. En todo caso, valen íntegramente aquí todos y cada uno de los argumentos expuestos en contra de la tesis de la primacía del valor del individuo y, por lo tanto, de la libertad de la propiedad antes expuesta.

c) Desde otro punto de vista, se ha acudido a principios generales administrativos propios del Derecho de Policía para extraer de los mismos los límites de la «Sozialbindung».

En este sentido, la tesis más extendida —como apunta BREUER³⁶— consiste en entender aplicables las dos manifestaciones de la interdicción de la arbitrariedad («Übermassverbot»): los principios de necesidad («Grundsatz der Erforderlichkeit») y de proporcionalidad («Grundsatz der Verhältnismässigkeit»), poniendo el acento en el primero, cuya aplicabilidad más allá del marco del Derecho de Policía y en el ámbito constitucional está generalmente aceptada, incluso por la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional.

Del entendimiento de la vigencia del principio general de necesidad en el uso por el legislador de la reserva de Ley formulada en el artículo 14 GG resulta una restricción de la potestad de dicho legislador prácticamente equivalente a la derivada de la tesis de la primacía absoluta del valor del individuo, pues aquel principio postula la legitimidad sólo de aquél entre los múltiples medios posibles para conseguir un fin que produzca una menor afectación de la libertad. Por lo tanto, la posición del propietario privado sólo puede ser legítimamente regulada (limitada; fijados sus límites) por el legislador en la medida en que así sea estrictamente necesario para la consecución del fin propuesto: la satisfacción de los intereses públicos presentes. Este es precisamente uno de los inconvenientes de esta teoría, toda vez que sólo una vez que el legislador ha definido o concretado los intereses públicos a satisfacer, es decir, únicamente después de que ha señalado los fines que persigue la regulación legal que adopta es posible aplicar a ésta un juicio de constitucionalidad con arreglo a los principios antes expuestos. Con ello, el legislador ordinario resulta ser absolutamente libre en la fase expuesta de concreción del interés público.

La crítica a esta posición se centra en dos consideraciones:

Una, desarrollada por BREUER³⁷, denuncia el condicionamiento excesivo de la potestad legislativa. La aplicación del principio de necesidad supone, en efecto, que el legislador ordinario —al determinar los objetivos de la norma que pretenda aprobar— se estaría autolimitando automáticamente en los medios legítimos para alcanzar dichos objetivos; limitación —se dice— radicalmente incompatible con la libertad en que el artículo 14.1 GG ha dejado al citado legislador para la delimitación del contenido y límites del derecho de propiedad. La decisión remitida al mismo tiene carácter político y no puede

³⁵ En este último sentido, MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *Grundgesetz...*, op. cit., comentario al artículo 2, número de margen 87.

³⁶ Rüdiger BREUER, *Die Bodennutzung...*, op. cit., págs. 24 y 25.

³⁷ Rüdiger BREUER, *Die Bodennutzung...*, op. cit., págs. 25, 26 y 27.

juridizarse sin infringir el sentido mismo del artículo 14.1 GG, en cuanto se trasladaría indebidamente dicha decisión desde el legislador a los Tribunales. El contenido de la potestad legislativa sólo puede determinarse a partir del artículo 14 GG y no de otros preceptos o principios constitucionales.

La segunda es expuesta por LEISNER³⁸, quien ciertamente acepta que el principio de necesidad es un límite de la «Sozialbindung», pero advierte que dicho principio juega con idéntica función respecto de la expropiación, por lo que nada aporta a la delimitación del ámbito propio de aquélla. «Lo que en el marco de la vinculación social no está justificado, por no necesario, no por ello queda *eo ipso* legitimado como expropiación; antes bien, debe para ello ser necesario en el marco de ésta —dice textualmente el autor citado—. El principio de la necesidad no ofrece, por tanto, una delimitación de la "Sozialbindung" para con respecto a la expropiación.» La conclusión es la de que el criterio de la necesidad debe desaparecer de la temática relativa a la «Sozialbindung».

d) Una específica variante de la posición anterior la constituye la doctrina sentada por el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (en múltiples Sentencias, como —por ejemplo— las de 28 de junio de 1955, 28 de junio de 1956, 4 de julio de 1957 y 3 de septiembre de 1963). Dicha doctrina se resume en el siguiente párrafo de la Sentencia de 4 de julio de 1957: «Las determinaciones configuradoras del contenido de la propiedad no pueden producirse en forma arbitraria, sino que deben servir a la delimitación de la propiedad para con respecto a valores de igual o superior rango que colisionen con ella y quedar por ello justificadas». Es la manifestación típica de la que LEISNER³⁹ ha llamado la «doctrina de la evaluación o ponderación» o «Abwägungslehre». Conforme a la misma el legislador ordinario no está vinculado a un determinado valor preeminente, pero sí a todo un elenco de valores, incluso contradictorios, como el de libertad de la propiedad y el bienestar de la colectividad.

En tanto que esta fórmula intenta constituir la clave de la delimitación de la «Sozialbindung» no pasa de ser, como pone de relieve el propio LEISNER, una tautología. Es obvio que el legislador ha de proceder, al regular el contenido y los límites del derecho de propiedad, a una ponderación de los valores a tener en cuenta (en tanto la propiedad sea tomada, a su vez, como uno de dichos valores). Lo importante, pues, no es el hecho mismo de esta ponderación, sino la forma con que ésta ha de llevarse a cabo.

La crítica principal, pues, que a esta doctrina cabe hacer, radica en la inexistencia de un sistema de valores previamente fijado con arreglo al cual pueda tener lugar el proceso de ponderación o valoración preconizado por el Tribunal, así como en la indefinición —aún en el supuesto de que un tal sistema existiera— de los criterios conforme a los cuales llevar a cabo el aludido proceso. En su consecuencia, la tesis del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo no pasa de ser un loable esfuerzo por encontrar una única y simple fórmula que resuelva el complejo problema de la precisión del ámbito legítimo de la «Sozialbindung». Pero la fórmula finalmente hallada es tan general y vaga, que nada aporta en realidad al problema.

³⁸ Walter LEISNER, *Sozialbindung...*, op. cit., pág. 158.

³⁹ Walter LEISNER, *Sozialbindung...*, op. cit., pág. 91.

En realidad —y sobre ello llama la atención precisamente LEISNER—, bajo la jurisprudencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo se esconde la pervivencia de la doctrina sentada ya por el «Reichsgericht» en la época de Weimar de la limitación de la propiedad por los intereses públicos. Así lo indica la referencia a valores superiores que se contiene en dicha jurisprudencia y con los que se está aludiendo, con toda evidencia, al bienestar de la colectividad, bien común o interés público como valor supremo ante el que en todo caso debe ceder el derecho de propiedad. Por ello, a la misma son oponibles todos los razonamientos que se han barajado en contra de la precitada doctrina; el interés público es presupuesto no sólo de la vinculación social, sino también de la expropiación; si el interés público fuera un elemento característicamente constitutivo de aquella vinculación habría de concluirse necesariamente la legitimación de ésta siempre que dicho interés alcanzara cierto grado de intensidad, lo que no es siempre cierto; y, finalmente, no sólo resulta contradictorio con la naturaleza misma de los derechos fundamentales su sumisión general e indiscriminada a una reserva de interés público, sino que el propio artículo 14.2 GG lejos de señalar como fin de la vinculación social dicho interés prescribe que ésta ha de tener por objetivo asegurar que el uso de la propiedad sirve, a la par que al interés del titular, al bienestar de la colectividad.

c) Pero el intento más conseguido de extraer de los principios generales administrativos propios del Derecho de Policía criterios seguros para la delimitación de la «Sozialbindung» ha sido llevado a cabo sin duda por el Tribunal Federal Constitucional y el Tribunal Federal de lo Civil⁴⁰, a cuya jurisprudencia se ha adherido gran parte de la doctrina. Los aludidos Tribunales, sin perjuicio ciertamente de diversidad de matices, coinciden en partir del principio de la proporcionalidad como criterio para la determinación de la frontera entre vinculación social, expropiación y nulidad de la medida legislativa; principio que, sin perjuicio de su vigencia en el Derecho administrativo, tiene reconocido en Alemania (por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y por la doctrina) rango constitucional como manifestación del principio de Estado de Derecho.

El legislador ordinario está vinculado, así, en la regulación del contenido y límites del derecho de propiedad por el aludido principio de la proporcionalidad, que postula aquí —al igual que en el ámbito del Derecho administrativo— la comprobación de que la incidencia sobre el derecho de propiedad ocasionada por los medios —en sí mismos eventualmente necesarios— empleados para la consecución del fin perseguido están efectivamente en justa proporción a este último.

Esta posición, al contrario de lo que sucedía —según antes quedó visto— con la que partía del principio de necesidad, no adolece del inconveniente de reducir excesivamente o, incluso, eliminar el ámbito de discrecionalidad de que el legislador, conforme al artículo 14.1 GG, debe gozar. Aun cuando el legislador haya fijado los fines u objetivos que persigue en una concreta

⁴⁰ Respecto al Bundesverfassungsgericht, cabe citar las resoluciones y sentencias de fechas: 10 de julio de 1958, 14 de julio de 1959, 7 de agosto de 1962, 1 de julio de 1964, 12 de enero de 1967, 18 de diciembre de 1968 y 7 de julio de 1971.

En cuanto hace el Bundesgerichtsof, pueden citarse las sentencias de 25 de octubre de 1967 y 16 de febrero de 1970.

regulación del derecho de propiedad, no por ello queda vinculado, en función del principio de proporcionalidad, a unos medios que serían los únicos legítimos para alcanzar aquellos objetivos. Antes bien, dicho principio permite la existencia de una pluralidad de medios legítimos.

Para LEISNER⁴¹, sin embargo, tampoco esta fórmula puede erigirse en criterio válido de definición de la «Sozialbindung». El principio de la proporcionalidad, al igual que el de la necesidad, exige que la profundidad de la incidencia sobre el derecho privado esté en una relación funcional para con respecto al fin público motivante de dicha incidencia. De ello resultaría que en caso de una gran importancia del fin público habría de aceptarse la legitimidad sin indemnización —en el marco de la vinculación social— de una incidencia más profunda de lo necesario (pero proporcionada al fin), mientras que —al contrario— en el supuesto de una menor importancia del interés público podría aparecer una incidencia comparativamente menor incluso aún como excesiva. Por ello estima el autor citado que la doctrina jurisprudencial comentada puede conducir a una excesivamente flexible y variable relación entre interés público y límite de la vinculación social, que conllevaría una gran inseguridad jurídica y haría prácticamente equivalentes esta solución y la propugnada por la antes expuesta «Adwägungslehre».

f) Una vía distinta a las hasta aquí expuestas han seguido aquellos autores que, partiendo metodológicamente de la procedencia de la identificación de la frontera entre vinculación social y expropiación en función de la profundidad de la incidencia sobre el derecho privado, han llegado a la conclusión de que el criterio adecuado para trazar dicha frontera es el de la «Zweckentfremdung» («extrañamiento del derecho respecto de su fin») o de la «funktionsgerechten Verwendung» (uso del derecho conforme a su función).

Representante significado de esta tendencia, que ha encontrado escaso eco en la jurisprudencia⁴², es FORSTHOFF⁴³. Este formula su posición textualmente con las siguientes palabras: «Si la Ley se refiere a la propiedad según la función de ésta, si obliga al propietario únicamente al aprovechamiento conforme a su función del objeto sobre el que recae el derecho de propiedad, se está limitando la facultad de disposición del propietario en el marco de la "Sozialgebundenheit"... Por el contrario, si se impone al propietario una obligación que aparta al objeto de su fin, entonces no puede, como regla general, hablarse ya de "vinculación social".»

Para comprender en todo su alcance la anterior proposición baste con referir el ejemplo que pone el propio FORSTHOFF. Otorgada a un terreno la calificación de suelo edificable, no es posible alterar dicha calificación sin la correspondiente indemnización (se estaría aquí ante una expropiación o un ataque equivalente a la misma), pues dicha alteración supondría apartar la propiedad de su función propia que es la edificación (y esta conclusión vale aun cuando el terreno aún no estuviera edificado). Solución distinta merece el supuesto de un terreno que no goza de la condición de edificable y que, por virtud de un plan urbanístico de nueva formulación, es calificado como zona verde despo-

⁴¹ Walter LEISNER, *Sozialbindung...*, op. cit., pág. 159.

⁴² Sólo cabe citar una sentencia en la que se acoja expresamente esta tesis. Es la del Tribunal Federal de lo Social de fecha 19 de marzo de 1957.

⁴³ Ernst FORSTHOFF, *Lehrbuch...*, op. cit., págs. 318 y 319.

seyéndole de toda posibilidad futura de edificación, pues en este caso se ratifica o conserva el aprovechamiento conforme a la función propia del terreno.

Una variante a la doctrina expuesta es la formulada por REINHARDT⁴⁴, el cual identifica el concepto de «aprovechamiento conforme a la función» («funktionsgerechte Verwendung») con el de «utilidad privada» o «Privatnützigkeit». De ahí que vinculación social sea todo lo que no suponga afectación de dicha utilidad privada, mientras que toda medida estatal que la suprima o la transforme en pública es siempre expropiación.

La crítica a esta teoría puede centrarse, siguiendo a LEISNER⁴⁵, en tres consideraciones básicas: 1) La propiedad, en cuanto prototipo de los derechos sobre cosas no tiene, según su naturaleza, un fin preciso y determinable en cuanto tal. La propiedad otorga ciertamente la facultad de aprovechamiento del bien y de exclusión de terceros de tal aprovechamiento, con lo que su fin sería idéntico con esta facultad. Pero entonces, la teoría en cuestión a nada conduce, pues según ella todo sería expropiación, en tanto que cualquier medida estatal habría de afectar de uno u otro modo a la facultad expuesta; 2) el apartamiento de la propiedad de su función —criterio asumido por la doctrina comentada— sólo podría cobrar sentido de entenderse por fin de la propiedad no su aprovechamiento o disfrute, sino los diferentes y concretos tipos de aprovechamiento de que es susceptible. Pero éstos nunca pueden constituir el fin del derecho de propiedad, sino el medio para su disfrute o dominación, y 3) la doctrina de que se habla no es sino una forma distinta de precisar la «Sozialbindung» según la «naturaleza de las cosas» o las «vinculaciones inmanentes a las mismas», es decir, una variante de la teoría de las limitaciones inmanentes al propio derecho y, por lo tanto, padece de todos los defectos de ésta.

2) Prácticamente a una renuncia a la delimitación de los límites de la «Sozialbindung» equivale la posición extrema de LERCHE⁴⁶.

Este autor niega la vigencia del principio de la interdicción de la arbitrariedad en las que denomina «grundrechtsprägenden Normen», es decir, en las normas referidas a los derechos fundamentales y, entre ellas, las que tengan por objeto la configuración del contenido del derecho de propiedad. La razón estriba en que no ha podido ser propósito de la Constitución negar al legislador ordinario una capacidad de organización esencialmente libre, cuando aquél aborda normativamente derechos fundamentales y, en especial, la regulación del derecho de propiedad. En estos casos se trata de «verfassungsschwere Funktionen des einfachen Gesetzgebers» (funciones cuasi constitucionales del legislador ordinario), en cuyo ejercicio debe reconocerse a dicho legislador una libertad similar a la que es propia del constituyente.

Como señala BREUER⁴⁷, la tesis de LERCHE no sólo está en contradicción con la opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Consti-

⁴⁴ Rudolf REINHARDT, *Wo liegen für den Gesetzgeber die Grenzen, gemäss Art. 14 des Bonner GG über Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen?*, en «Verfassungsschutz des Eigentums», 1954; citado por W. LEISNER, *Sozialbindung...*, op. cit., pág. 172.

⁴⁵ Walter LEISNER, *Sozialbindung...*, op. cit., págs. 178 y 179.

⁴⁶ Peter LERCHE, *Übermass und Verfassungsrecht*, Köln-Berlin-München-Bonn, 1961, páginas 140 y sigs.

⁴⁷ Rüdiger BREUER, *Die Bodennutzung...*, op. cit., págs. 31 y 32.

tucional, sino que en modo alguno puede convencer. Aunque a la garantía del derecho de propiedad privada establecida en el artículo 14.1 GG se le otorgue el mínimo valor vinculante para el legislador ordinario, constituye desde luego un límite —por muy amplio que éste sea— a la potestad de aquél. En otro caso habría de admitirse la inutilidad e ineficacia de dicha garantía.

Hasta aquí la exposición de las distintas tesis elaboradas en la búsqueda de una delimitación positiva de los límites propios de la reserva de Ley establecida en el artículo 14.1 GG. Los esfuerzos más recientes en este sentido, realizados a partir del análisis crítico de las anteriores tesis no han reportado novedades o avances sustanciales al estado de la cuestión. Baste aquí con citar dos ejemplos.

LEISNER, en una monografía dedicada al tema ⁴⁸, llega finalmente al siguiente resultado: «Sozialbindung no es un "concepto dinámico", es tan consistente como el de propiedad, al que está referido. El Estado, en nombre de la vinculación o función social, puede —teniendo en cuenta la historia, la confianza y la evolución técnica— disminuir el valor de la propiedad en la medida misma en que sea indispensable para la convivencia solidaria en la vecindad superior de la comunidad estatal; con base en ella no le es posible realizar reformas socio-políticas. Y al ciudadano le debe restar siempre el espacio de su pequeña pero autónoma decisión privada político-dominical. Esto y sólo esto es "Sozialbindung", todo lo demás es expropiación, en la que el Estado fiscal debe adquirir del ciudadano su propiedad».

La fórmula, en realidad, se reduce a la utilización del criterio de la necesidad, sólo que matizándolo en su alcance mediante la aceptación de un contenido previo del derecho de propiedad: el resultante de la conjunción de la evolución histórica y de la técnica jurídica y del respeto que merece la confianza de los ya «poseedores» y, en todo caso, el ámbito nuclear de autonomía decisoria que al detentador de la propiedad por esencia corresponde. Pero, además, resulta excesivamente genérica y vaga. Ni está definido el término de referencia del criterio de necesidad (¿en qué consiste realmente, en su aplicación práctica, el concepto de convivencia solidaria en la superior comunidad nacional? Incluso el concepto de interés público o bienestar de la comunidad es más preciso jurídicamente), ni queda tampoco suficientemente precisado, como ha quedado visto, el contenido dominical que debe desempeñar la función de límite a la incidencia del Estado sobre las situaciones privadas. La utilidad de la tesis de LEISNER es, pues, cuando menos muy dudosa.

Mayor interés reviste la de BREUER ⁴⁹, que estudia la cuestión desde la perspectiva de su utilidad para la ordenación urbanística. Aun cuando intenta ser una solución de compromiso entre las diversas y encontradas teorías hasta la fecha formuladas, lo cierto es que se reduce a una adhesión —más o menos modulada —a la que identifica el criterio delimitador de la «Sozialbindung» en el principio de la proporcionalidad, que es la adoptada por el Tribunal Constitucional y la mayoritariamente aceptada por la doctrina.

El autor comienza por rechazar las posiciones extremas de negación de cualesquiera límites jurídicos al legislador ordinario en la regulación de la propiedad

⁴⁸ Walter LEISNER, *Sozialbindung...*, op. cit.

⁴⁹ Rüdiger BREUER, *Die Bodennutzung...*, op. cit., págs. 33 y sigs.

y de reducción excesiva de dichos límites a través del principio de la necesidad, para concluir que sólo el principio de la proporcionalidad logra cohonestar la existencia misma de un margen cierto de libertad del legislador con el necesario encuadre de la potestad de éste en límites precisos. En efecto, el referido principio no cuestiona que el número uno del artículo 14 GG habilite al legislador ordinario para adoptar las decisiones básicas en materia socio-política, pero al propio tiempo permite reconocer que tal habilitación no es incondicionada, sino que tiene sus límites en la propia Constitución; límites que son más concretos que los que se derivarían del principio general de la interdicción de la arbitrariedad (que excluye sólo las medidas absolutamente irracionales e infundadas), pues el de proporcionalidad exige una relación adecuada entre los fines perseguidos y los medios empleados. En resumen, pues, al legislador compete —teniendo en cuenta los valores proclamados en la Constitución y, en especial, la toma de postura de ésta en favor de la propiedad privada—, la regulación del contenido del derecho de propiedad, fijando los objetivos socio-políticos de dicha regulación y el instrumental de vinculaciones de la propiedad preciso para la consecución de aquéllos; cuyos medios deberán en todo caso, para ser legítimos, guardar la adecuada relación con los expresados objetivos.

Como se ve, pues, la fórmula no difiere sustancialmente —según antes quedó apuntado— de la doctrina sostenida por el Tribunal Constitucional Federal. Importa destacar, sin embargo, que BREUER es consciente de su insuficiencia (como la de todos los intentos de una definición positiva de la «Sozialbindung») y, por ello, advierte que debe ser complementada con la delimitación «desde fuera» del ámbito de dicha vinculación social que resulta del concepto de expropiación. Este es indispensable para trazar la frontera entre «Sozialbindung» y «Enteignung», que es lo que —en definitiva— importa.

B) *La garantía del contenido esencial («Wesensgehaltgarantie») del artículo 19.2 GG como límite de la potestad del legislador en la regulación del contenido de la propiedad*

Sin perjuicio de la regulación concreta y específica de los diferentes derechos fundamentales que reconoce, la «Grundgesetz» añade a ella una disposición de garantías generales: el artículo 19, cuyos dos primeros números establecen:

- «1. Cuando conforme a esta Constitución un derecho fundamental pueda ser limitado por Ley o con base en una Ley, ésta debe tener vigencia general y no sólo para el caso concreto. Además, la Ley debe citar el derecho fundamental, con indicación del artículo correspondiente.
2. En ningún caso puede ser afectado un derecho fundamental en su contenido esencial.»

Interesa aquí ahora (a la funcionalidad de la exigencia de la «vigencia general» de los textos legales reguladores de los derechos fundamentales ya se ha hecho referencia en su momento) la garantía constitucional —referida a la totalidad de los derechos fundamentales y, por lo tanto, también al derecho de propiedad— que se consagra en el número dos del precepto.

En principio esta declaración constitucional parece superflua, toda vez que en el reconocimiento y garantía puntuales de cada uno de los derechos funda-

mentales debe entenderse necesariamente implícita la prohibición de su total vaciamiento por el legislador ordinario, es decir, la protección irreductible por este último de un núcleo básico en los mismos. Por ello, HÄBERLE⁵⁰ otorga al artículo 19.2 GG un alcance puramente declarativo y una función «aseguradora» de principios ya contenidos en la Constitución. Su alcance se agota, pues, en condensar tales principios en una fórmula específica. Aun sin esta expresa garantía de su contenido esencial, la Constitución otorga a los diversos derechos que reconoce un «Wesensgehalt», que ha de ser identificado en cada caso, pero que no por ello es menos real y operativo.

Este carácter suplementario de la garantía general del precepto analizado para con respecto a las específicas de cada derecho fundamental se pone de relieve —en el caso de la propiedad— cuando BREUER⁵¹ señala que la «Wesensgehaltgarantie» no rige indiscriminadamente, sino que actúa escalonadamente en la misma forma en que lo hace precisamente —según más arriba quedó expuesto— la garantía del derecho de propiedad: juega como garantía primaria de la sustancia misma del derecho sólo en la medida en que no concurran los presupuestos expropiatorios del artículo 14.3 GG; en otro caso queda reducida a la calidad de garantía secundaria del valor de propiedad.

En este sentido y como señala HÄBERLE, el artículo 12.2 GG es una norma constitucional «conducente al vacío» («eine leerlaufende Verfassungsnorm»), pues no contiene nada que no estuviera ya en la Constitución. Pero esta expresión ha de tomarse en el solo sentido indicado, pues el precepto tiene una justificación histórica y política clara y, con base en ella, una función muy concreta. La justificación no es otra que el abuso de que ya en la época de Weimar fueron objeto las reservas constitucionales de Ley, rompiendo los límites de la habilitación que al legislador ordinario conferían en favor de este último. La norma es, pues, consecuencia de un recelo político hacia una perversión de la interpretación y aplicación del texto constitucional. Su función más específica, por tanto, es la de reaseguro de la integridad de los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados. En frase gráfica de HÄBERLE: «Marca toda vulneración de los principios garantes de los derechos fundamentales con el Odium de la infracción de una expresa norma constitucional y se convierte así en un arma espectacular contra el legislador». En definitiva, contribuye a la seguridad jurídica en el marco de los referidos derechos.

Sin perjuicio de lo dicho, la «Wesensgehaltgarantie» puede y debe considerarse, además, como garantía institucional, a pesar del aspecto institucional que también poseen —singularmente la referida a la propiedad— las otorgadas a los concretos derechos constitucionales. Bajo esta perspectiva y siguiendo nuevamente a HÄBERLE, el artículo 12.2 GG opera como garantía institucional del contenido asimismo institucional de los referidos derechos.

Concretado de esta forma el significado y alcance del citado precepto, es evidente que éste otorga cobertura, en todo caso, a un contenido esencial de los derechos constitucionales, de modo que aquél no puede, en ningún caso, ser desconocido por el legislador ordinario. Por lo que respecta a la propiedad y como advierte BREUER⁵², ello significa que una Ley dictada al amparo del

⁵⁰ Peter HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie...*, op. cit., págs. 234 y 235.

⁵¹ Rüdiger BREUER, *Die Bodennutzung...*, op. cit., págs. 35 y 36.

⁵² V. nota anterior.

Luciano Parejo Alfonso

artículo 14.1 GG no puede afectar ni a la propiedad como institución jurídica, ni al derecho dominical en su contenido esencial.

Pero la garantía del contenido esencial no conduce más allá de tal general afirmación en el proceso de concreción de los límites de la potestad legislativa en la regulación del derecho de propiedad, pues en qué consista precisamente ese contenido esencial del citado derecho no es susceptible de una ulterior y segura precisión. Sin embargo y no obstante esta inutilidad del artículo 12.2 GG cara a la definición positiva del ámbito de la «Sozialbindung» prescrita en el artículo 14.2 GG, no puede olvidarse el papel absolutamente decisivo que ha desempeñado en el planteamiento mismo de la cuestión de los límites de la potestad legislativa en materia de la propiedad. Pues dicho precepto constituye la expresa afirmación constitucional no sólo de que ninguna de las reservas de Ley que la «Grundgesetz» configura en el marco de los derechos fundamentales otorga al legislador ordinario una potestad absolutamente discrecional, sino que dicha potestad tiene sus límites específicos en el propio orden constitucional.